

NEWSLETTER N. 15 ANNO IX

1-15 settembre 2023



Via Sistina n. 48 - 00187 - Roma
Tel: (+39) 06.69921687
Fax: (+39) 06.39738792

Via Durini n. 25 - 20122 - Milano
Tel: (+39) 02.91090173
Fax: (+39) 0237908008

<https://www.aoerre.com>
email: segreteria@aoerre.com

Appalti pubblici

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 12 settembre 2023 n. 9292 – Appalti pubblici – *Sulla proroga del contratto* – Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato ha osservato che la proroga di un contratto pubblico di servizi può considerarsi legittima solo se prevista *ad origine* dal contratto e comunque per un tempo determinato. Infatti, vige il principio generale per cui, scaduto il contratto, l'Amministrazione deve provvedere a bandire una nuova procedura di gara.

D'altronde, la proroga, nella sua accezione tecnica, ha carattere di temporaneità e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro.

Pertanto, deve considerarsi illegittima laddove non impiegata entro tali limiti.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 11 settembre 2023 n. 8243 – Appalti pubblici – *Sull'invio con un'unica pec dell'offerta tecnica ed economica* – Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato ha statuito che l'invio in un'unica pec dell'offerta tecnica e di quella economica non determina di per sé l'esclusione del concorrente per violazione dei principi segretezza dell'offerta e del conseguente divieto di commistione tra le offerte.

Questi ultimi, infatti, sono finalizzati ad evitare che l'offerta tecnica contenga elementi che consentano di ricostruire l'entità dell'offerta economica, potendosi in tal modo determinare un'influenza sulla valutazione della Commissione di gara.

Tuttavia, nel caso di specie, il Collegio ha osservato come l'offerta tecnica fosse contenuta in un file distinto da quella economica, senza che nella prima ci fossero elementi di quest'ultima.

In tal modo, non è stato possibile affermare la commistione tra le due, con conseguente legittimità dell'offerta presentata dal concorrente.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 7 settembre 2023 n. 8197 – Appalti pubblici – *Sul divieto di anticipare nell'offerta tecnica elementi concernenti l'offerta economica* – Con la pronuncia in rassegna, il Consiglio di Stato ha stabilito che il divieto di commistione tra il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica trova applicazione anche nell'ambito dei contratti c.d. attivi, come nel caso dell'aggiudicazione di un contratto di locazione.

Il principio in esame, infatti, è da considerarsi come espressione di quello più ampio di imparzialità dell'azione amministrativa, in quanto mira ad evitare che la valutazione dell'offerta tecnica sia condizionata dalle migliori condizioni economiche offerte dal concorrente valutato.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 7 settembre 2023 n. 2293 – Appalti pubblici – *Sull'esclusione da una gara per mancato versamento del contributo Anac* – I giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che il testo dell'art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (che prevede l'obbligo del versamento Anac, a pena di esclusione), non esclude che il versamento possa essere anche tardivo, ovvero sanabile con il soccorso istruttorio. L'obbligo del versamento Anac risulta infatti essere elemento estraneo al contenuto dell'offerta e quindi sottratto alle preclusioni poste dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. n.50 /2016, in materia di soccorso istruttorio.

TAR PUGLIA, LECCE, sentenza 15 settembre 2023, n. 1056–Appalti pubblici – *Sulla valutazione delle offerte tecniche nelle gare con il criterio del prezzo più basso.* Con la sentenza in commento, è stato ribadito il principio secondo cui nelle gare da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, la stazione appaltante ha l’obbligo di procedere ad una valutazione stringente circa la conformità o meno del prodotto alle specifiche già predeterminate dalla *lex specialis*. Pertanto, non è consentito alla SA di formulare apprezzamenti sul grado di qualità dell’offerta mediante ulteriori prove o verifiche non previste dalla legge di gara, né applicare il principio di equivalenza per superare divergenze rispetto alle caratteristiche minime del prodotto.

TAR CAMPANIA - NAPOLI, SEZ. I, 14 settembre 2023, n. 5075 –Appalti pubblici - *Sull’interesse alla rinnovazione della gara da parte del concorrente escluso* - La pronuncia in commento nega la sussistenza di un interesse strumentale alla rinnovazione della gara in capo al concorrente definitivamente escluso, il quale è privato della disponibilità di qualsivoglia interesse qualificato, anche di mera natura strumentale, volto a ottenere la riedizione integrale della procedura. Pertanto, il nesso con il mantenimento della posizione di partecipante alla gara è indispensabile al fine di ravvisare la sussistenza di un interesse strumentale alla rinnovazione della gara, poiché tale nesso configura la possibilità per il concorrente legittimato di perseverare nel proprio intento di ottenere la commessa.

TAR CAMPANIA - NAPOLI, SEZ. VIII, sentenza 7 settembre 2023 n. 5006 - Appalti pubblici – *Sull’avvalimento in favore di più imprese facenti parte del medesimo raggruppamento temporaneo* – L’art. 89 comma 7 del Codice dei contratti pubblici n. 50/2016 non impedisce in alcun modo che, nell’ambito del medesimo raggruppamento di imprese, queste ultime si avvalgano della medesima impresa ausiliaria. La ratio della norma, chiarisce il TAR Campania, è quella di prevenire l’eventualità che della stessa ausiliaria si avvalga più di un concorrente; per contro, le imprese facenti parte del medesimo raggruppamento non sono in concorrenza tra loro.

TAR CAMPANIA - NAPOLI, SEZ. I, sentenza 7 settembre 2023 n. 5001 –Appalti pubblici – *Sul cumulo alla rinfusa nel nuovo Codice degli appalti* - Con la sentenza in commento il TAR Campania, in tema di cumulo alla rinfusa, ha chiarito che la *ratio legis* del d.lgs. n. 36/2023 è quella di consentire ai consorzi stabili, negli appalti di lavori, di ricorrere all’attestazione SOA del consorzio, sommando i requisiti posseduti dalle singole consorziate, riproducendo così la disciplina del precedente art. 47, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016.

TAR PIEMONTE, SEZ. I, sentenza 4 settembre 2023 n. 740 –Appalti pubblici – *Sui motivi che reggono l’adesione di un ente alla Convenzione CONSIP* – Nella sentenza in esame si è affermato il principio per il quale l’ente che decide di aderire alla Convenzione CONSIP non sia tenuto a palesare, con una specifica delibera, anche le ragioni sottostanti all’adesione manifestata. All’ente, infatti, una volta assunta la decisione di accettare la Convenzione, non è altresì richiesto di indicare le motivazioni di maggiore convenienza che lo hanno spinto ad optare in favore della Convenzione stessa escludendo piuttosto

l'indizione di una gara autonoma ovvero la proroga/rinnovo di eventuali contratti pubblici in corso.

Servizi di interesse economico generale

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, sentenza 8 settembre 2023 n. 8215 – Servizi di interesse economico generale – *Sul regime di affidamento del trasporto pubblico locale* – Nella sentenza in commento, i giudici di Palazzo Spada hanno ribadito il principio per il quale il trasporto pubblico locale, da intendersi quale “servizio pubblico” ai sensi del Regolamento CE n. 1370/2007, è sottoposto ad un regime speciale per l'affidamento del servizio da parte delle pubbliche amministrazioni.

Invero, ai sensi del citato Regolamento, è facoltà delle Autorità nazionali decidere in piena autonomia la formula gestionale dei servizi, optando tra una erogazione diretta in autogestione ovvero per l'affidamento diretto ad un operatore economico individuato nel libero mercato senza ricorrere alla procedura di gara.

Infine, il Collegio ha rammentato come ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. a) del d.lgs n. 50/2016, sono esclusi dall'applicazione dello stesso le concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del Regolamento CE n. 1370/2007.

Edilizia & Urbanistica

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV, sentenza 14 settembre 2023 n. 8330 – Edilizia&Urbanistica - *Sul potere-dovere dell'Amministrazione di valutare la documentazione prodotta in sede di richiesta di rilascio di un titolo edilizio* – Nell'ambito del procedimento per il rilascio di un titolo abilitativo all'edificazione, se è vero che non sussiste l'obbligo per la pubblica amministrazione di compiere complesse indagini o ricognizioni giuridico-documentali, è altrettanto vero che essa ha il dovere di valutare gli elementi istruttori di natura documentale, che siano stati acquisiti, anche in base all'intervento di terzi, nel procedimento per il rilascio del permesso di costruire.

I giudici hanno chiarito che in tali casi l'attività dell'amministrazione rimane comunque meramente istruttoria, con lo scopo di appurare la sussistenza della qualità vantata in capo al richiedente il titolo abilitativo; ciò in linea con quanto disposto dall'art. 11 co 2 del TU in materia edilizia, laddove si stabilisce che il permesso di costruire non incide sulla titolarità della proprietà o di altri diritti reali.

Ne deriva che l'amministrazione deve limitarsi a valutare se il titolo di proprietà abbia o meno le caratteristiche giuridico-formali per provare la disponibilità dell'immobile in capo all'istante.

TAR CAMPANIA - NAPOLI, SEZ. VI, 14 settembre 2023, n. 5085 -Edilizia&Urbanistica – *Sulla legittimità di un ordine di demolizione di un immobile abusivo sottoposto a sequestro penale* - Con la sentenza in commento, i giudici hanno chiarito come il sequestro penale, previamente disposto sui beni oggetto dell'ingiunta demolizione, non

deve ritenersi ostativo all'adozione del provvedimento di demolizione del manufatto abusivo.

Infatti, il Collegio ha ritenuto di aderire al consolidato orientamento secondo cui il profilo amministrativo e quello penalistico -connessi e conseguenti alla realizzazione di opere abusive- operano su distinti piani e secondo diverse cadenze temporali.

Pertanto, è stato ritenuto legittimo il provvedimento demolitorio e acquisitivo emesso dall'amministrazione comunale, in pendenza di sequestro penale sull'immobile, a maggior ragione tenuto conto del comportamento del privato, il quale non ha tenuto un comportamento attivo volto ad eliminare l'abuso perpetrato.

TAR SICILIA - CATANIA, SEZ. IV, sentenza 13 settembre 2023 n. 2643 - Edilizia&Urbanistica – *Sul permesso di costruire per la chiusura di una tettoia* - Con la sentenza in commento, il TAR ha ritenuto che la chiusura di una tettoia richieda il permesso di costruire, creando nuovo volume edilizio.

Al riguardo, è stato richiamato il consolidato orientamento giurisprudenziale in virtù del quale le opere di ampliamento e modifica di una tettoia non possono essere disgiunte da quelle di realizzazione della tettoia medesima, la cui mera esistenza finale avrebbe comunque imposto l'acquisizione di un titolo abilitativo edilizio.

D'altronde, perfino la realizzazione della sola tettoia può necessitare del permesso di costruire, laddove presenti comunque caratteristiche impattanti.

TAR CAMPANIA – NAPOLI, SEZ. VIII, sentenza 5 settembre 2023 n. 4973 - Edilizia&Urbanistica - *Sulla reiterazione dei vincoli urbanistici preordinati all'esproprio* – In tale occasione, i giudici hanno ritenuto legittimo un provvedimento di reiterazione del vincolo espropriativo -di cui all'art. 9, comma 4, TU Espropri- ritenendo che lo stesso fosse motivato adeguatamente in ordine *i)* all'attualità dell'interesse pubblico e *ii)* all'impossibilità di soddisfare lo stesso con soluzioni alternative.

Infatti, la reiterazione dei vincoli urbanistici, perché sia ritenuta legittima, presuppone lo svolgimento da parte della pubblica amministrazione di una specifica indagine concreta relativa alle singole aree, finalizzata a modulare e considerare le specifiche esigenze, pubbliche e private, di cui dev'essere dato conto nella motivazione del provvedimento.